





INSTITUCIONES PROCESALES PENALES CONSENSUALES

TOMO III

LA OPORTUNIDAD COMO PRINCIPIO FUNDANTE  
DEL PROCESO PENAL DE LA ADOLESCENCIA



CARLOS ARTURO  
GÓMEZ PAVAJEAU

CARLOS ANDRÉS  
GUZMÁN DÍAZ

# INSTITUCIONES PROCESALES PENALES CONSENSUALES

TOMO III  
LA OPORTUNIDAD COMO PRINCIPIO  
FUNDANTE DEL PROCESO PENAL DE LA  
ADOLESCENCIA

TERCERA EDICIÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo

*Instituciones procesales penales consensuales. Tomo III, La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia* / Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Carlos Andrés Guzmán Díaz. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020. -- Tercera edición.

224 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 215-224)

ISBN: 9789587903744

1. Procedimiento penal – Colombia 2. Adolescentes – Legislación – Colombia 3. Principio de oportunidad (Derecho penal) 4. Protección de los derechos fundamentales 5. I. Guzmán Díaz, Carlos Andrés II. Universidad Externado de Colombia III. Título

343 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MLVT

junio de 2020

ISBN 978-958-790-374-4

© 2020, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

© 2020, CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Tercera edición: junio de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Robinson Quintero Ossa

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

## CONTENIDO

PRESENTACIÓN A LA TERCERA EDICIÓN	II
PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN <i>Carlos Arturo Gómez Pavajeau</i>	17
ESTUDIO PREVIO. EL A-Z DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL DE LA ADOLESCENCIA	19
Principios y subprincipios rectores del derecho penal de la adolescencia	21
a) Principio de integralidad-simultaneidad- interdependencia para determinar el <i>interés superior</i>	21
b) Principio de integración con el Orden Público internacional de los derechos humanos y especialmente con el de los niños	24
c) Principio de constitucionalidad del derecho penal de la adolescencia	25
d) Principio de reconocimiento de derechos y libertades fundamentales potenciadas cuantitativa y cualitativamente	26
1) Subprincipio de la incolumidad del orden jurídico internacional de los derechos humanos	28
2) Subprincipio del establecimiento de un estándar mínimo –en permanente evolución– de las garantías en las normas internacionales	28
3) Subprincipio del establecimiento de un estándar igualitario o superior de garantías en las normas del orden jurídico interno	29
4) Subprincipio de la efectividad material de las garantías internacionales en el orden jurídico interno	29
5) Subprincipio de favorabilidad al poner en contacto el orden internacional y el orden interno	30
6) Subprincipio de barrera interna concreta contra normas internacionales menos garantistas en materia penal	30
7) Subprincipio de la interacción interpretativa favorable de los múltiples tratados internacionales sobre derechos humanos	30
8) Subprincipio de solución de los problemas que involucren a los niños desde la perspectiva de género en búsqueda de la equidad	31

e) Principio de consagración enunciativa de derechos y libertades fundamentales o principio de expansión de la protección de los derechos humanos más allá de su reconocimiento por el positivismo jurídico	32
f) Principio de preferencia	33
g) Principio de prevalencia	34
h) Principio de especial dignidad del menor de edad	35
i) Principio de reconocimiento de la especial personalidad jurídica	36
j) Principio de la especial responsabilidad jurídica	37
k) Principio de igualdad material extrasistemático	38
l) Principio de igualdad material intrasistemático	45
m) Principio de la corresponsabilidad familiar, social y estatal	46
n) Principio de un mínimo derecho penal llevado al extremo	47
o) Principio de un sistema pedagógico, tutelar y protector proactivo	47
p) Principio de interinidad y continuidad de las situaciones jurídicas	48
q) Principio de favorabilidad dinámica	48
r) Principios de rehabilitación y resocialización de la sanción penal	49
s) Principio de participación del adolescente como protagonista –y de sus garantes– en las decisiones que le conciernen	49
t) Principio de mínima y necesaria afectación al adolescente	49
u) Principio de información y publicidad condicionada	50
v) Principio de solución pacífica de conflictos	50
w) Principio del carácter especializado de las autoridades	50
x) Principio de presunción de edad como efecto de la diferencia y distinción	50
y) Principio de no restricción de garantías	51
z) Principio de la especial visión psicológica del adolescente y derecho penal especial de acto	51
 INTRODUCCIÓN	 53
 A. EL MENOR DE EDAD, POR ESE SOLO HECHO, NO PUEDE SER TRATADO COMO INIMPUTABLE. IMPUTABILIDAD DIFERENCIADA	 63
1. Culpabilidad e imputabilidad	63
2. Sobre la imputabilidad diferenciada	82
2.1. Imputabilidad diferenciada de primer grado	87
2.2. Imputabilidad diferenciada de segundo grado	88



3. Inimputables menores de edad	88
4. Inimputables mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años por discapacidad psíquica o mental	91
5. Imputabilidad diferenciada de los mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años por razones culturales o étnicas	92
6. Incapaces de acción por minoría de catorce (14) años	93
6.1. Niños y niñas hasta doce (12) años	94
6.2. Adolescentes mayores de doce (12) y menores de catorce (14) años	94
 B. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	 95
 C. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LOS INIMPUTABLES	 107
 D. ASPECTOS PROCESALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	 109
1. Sobre el momento para promoverlo	109
2. Aspectos generales sobre su trámite	112
 E. LAS CAUSALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU INTEGRACIÓN CON EL SISTEMA DE IMPUTABLES	 115
1. Causales propias del Código de la Infancia y la Adolescencia	115
2. Cláusula abierta o sistema <i>numerus apertus</i> en materia de causales de aplicación del principio de oportunidad en el derecho procesal penal de la adolescencia	124
3. Causales provenientes del Código de Procedimiento Penal	128
3.1. Causales sustanciales	128
a. Causales referidas a la consideración de un menor injusto	129
b. Causales referidas a una menor culpabilidad	132
c. Causales referidas exclusivamente a la necesidad de pena o, en el lenguaje adecuado del cia, de la sanción	134
3.2. Causales procesales. Clasificación	136
3.3. Causales de difícil aplicabilidad en un modelo diferenciado de justicia para adolescentes	145
a. Causales que dependen de un reproche disciplinario	145
b. Causales que tienen que ver con intereses superiores a la justicia interna fundados en	

las relaciones internacionales, pero en las que se introducen correctivos en el marco de la justicia material	148
3.4. Sobre las prohibiciones	150
F. EL DEBIDO PROCESO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. REMISIÓN AL SISTEMA DE IMPUTABLES	153
ANEXOS DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	
A. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	169
B. REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES (REGLAS DE BEIJING)	193
C. DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (DIRECTRICES DE RIAD)	203
REFERENCIAS	215

## PRESENTACIÓN A LA TERCERA EDICIÓN

Esta nueva edición, en esta Casa de Estudios, prosigue la línea trazada en las ediciones anteriores, especialmente en lo expuesto en la segunda, aparecida en el año 2017.

No obstante, tiene una especial particularidad. Dada la interdependencia con el derecho penal de los mayores de edad, y también su especialidad, hemos construido un A-Z de principios y subprincipios rectores que determinan y guían las decisiones que deben ser tomadas en materia del derecho penal de la adolescencia.

La redacción de la Ley 1098 de 2006 tiene una muy interesante particularidad, puesto que se hace desde la perspectiva de las normas principios y no de las normas reglas, aspecto que hace de su correcta interpretación el éxito de la aplicación de una legislación tan sensible como determinante para el futuro de una sociedad moderna.

Los principios y subprincipios se incardinan de tal manera que unos parecen repetir o reiterar lo que ya otro u otros ha señalado. Empero, no se trata de detectar allí contradicciones o antinomias normativas, sino una imposición de ejercicios de armonización y sincronización en su aplicación. El norte se orienta, principalmente, hacia los artículos 1, 2, 4, 93 y 94 de la Carta Política y el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos.

Por demás, se actualiza el texto con las normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia que han tenido discusión en el entretanto de la segunda edición y de esta actualización.

Particularmente es importante señalar que este tomo se refiere al principio de oportunidad en sentido estricto, pero no es menos cierto que dentro de tal conceptualización también cabe una definición en sentido amplio, en la cual se recogen múltiples mecanismos alternativos de solución de conflictos que tienen como denominador común la voluntad de las partes involucradas en los mismos, lo que no es más que un desarrollo del derecho procesal consensual, como lo ha establecido la Corte Constitucional en su Sentencia T-142 de 2019, luego de estudiar los antecedentes normativos y jurisprudenciales de los consabidos instrumentos:

Con fundamento en lo anterior, es dado concluir del Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se modifican los artículos 116 y 250 de la Constitución

Política<sup>1</sup>, las siguientes particularidades: (i) se trata de un principio que se aplica mediante figuras procesales tales como las preclusiones que profiere la Fiscalía cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; (ii) constituye “*un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal*”; (iii) permite simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y (iv) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría a la Fiscalía, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.

Particularmente, cuando la víctima sea un adolescente, pero también lo sea el agresor, incluso cuando se trate de delitos sexuales, en la misma sentencia se dijo de manera contundente:

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD  
SEXUAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

1. En cuanto a la protección y juzgamiento de los menores de edad, mediante la Ley 1098 de 2006, el legislador decidió establecer un código jurídico-procesal en donde se reiterara la importancia y prevalencia de los derechos de los menores de edad, así como también, un sistema de responsabilidad penal en el cual se busca juzgar mediante la aplicación de medidas de carácter pedagógico específico y diferenciado los delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años<sup>2</sup>.

2. De conformidad con lo anterior, el legislador instituyó como fin del Código de Infancia y Adolescencia el de garantizarle a los niños, niñas y adolescentes

---

1 *Gaceta del Congreso*, núm. 148, del 7 de mayo de 2002; *Gaceta del Congreso*, núm. 157, del 10 de mayo de 2002; *Gaceta del Congreso*, núm. 232, del 14 de junio de 2002; *Gaceta del Congreso*, núm. 401, del 27 de septiembre de 2002; *Gaceta del Congreso*, núm. 432, de 2002; *Gaceta del Congreso*, núm. 531, del 21 de noviembre de 2002, y *Gaceta del Congreso*, núm. 110, del 11 de marzo de 2003. Véase Corte Constitucional, Sentencia T-672/13.

2 Véanse las *Gacetas del Congreso*: 395/06, 396/06, 398/06, 402/06, 234/06, 234/06, 128/06, 75/06, 887/05, 887/05, 751/05 y 551/05.

“su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”<sup>3</sup>; bajo la regulación de normas sustantivas y procesales, los principios establecidos en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>4</sup>

3. De tal suerte que, conforme a este nuevo sistema, al menor se le ve como una persona con capacidad, a la cual se le puede imputar responsabilidad penal como consecuencia de su actuar contrario a la normatividad legal, pero a su vez, es protegido por un sistema con garantías constitucionales y legales que busca materializar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño con un trato adaptado a las particulares características, necesidades e intereses que confluyen en los menores de edad.

4. Entonces, en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, el principio de oportunidad es entendido como una herramienta fundamental para la consecución del interés superior del menor; el cual no resulta admisible si al momento de aplicarse no se tienen en cuenta los intereses de la víctima. En otras palabras, su aplicación exige una conciliación entre los derechos de las víctimas y el interés del menor infractor.

5. En este orden de ideas, esta Corporación, mediante la sentencia C-177 de 2014, estudió el papel relevante y trascendente que tienen las víctimas dentro de los procesos, todo esto, en relación con el derecho fundamental a la dignidad humana y al acceso a la administración de justicia. Recalcó la Corte que “Tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial o administrativa, debiendo ser siempre protegidos

---

3 Ley 1098 de 2006, mediante la cual se expidió el Código de Infancia y Adolescencia, artículo 1º: Finalidad.

4 Código de Infancia y Adolescencia, artículo 174. “Del principio de oportunidad: la conciliación y la reparación integral de los daños. Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad”.

en cualquiera de sus etapas, claro está, sin que ello lleve indefectiblemente al detrimento de otros valores o principios constitucionales”.

6. Concretamente, el Código de Infancia y Adolescencia prevé la prohibición expresa de aplicar el principio de oportunidad a delitos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual de menores. Adicionalmente, en cumplimiento de la facultad reglamentaria otorgada, el Fiscal General expidió la Resolución 4155 de 2016<sup>[5]</sup>, donde se precisó el principio de proporcionalidad, en lo relacionado con el principio de oportunidad cuando éste se dirige a los adolescentes. El artículo 2 de la mencionada resolución estableció que “el test de proporcionalidad en la aplicación del principio de oportunidad en los casos del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, atenderá las especiales circunstancias y necesidades de los responsables”. Adicionalmente, el artículo 36 admite la aplicación del principio en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes incluso en las “conductas dolosas cuya víctima sea un menor de edad”. De esta manera, entendió la resolución que el carácter reglado del principio de oportunidad cedía cuando de por medio se encontraran adolescentes, destinatarios de un trato diferente a los adultos.

7. En efecto, la resolución de la Fiscalía actúa en cumplimiento del Código de Infancia y Adolescencia en la medida en que éste, en el artículo 140, establece la finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes e indica que éste debe buscar la aplicación de medidas alternativas diferenciadas respecto del sistema de adultos. Concretamente, establece que “en caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta Ley y otras Leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema”.

8. Del mismo modo, tanto el Código de Infancia y Adolescencia –artículo 174– como la Resolución –artículo 33–, indican que un principio rector en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es la aplicación preferente del principio de oportunidad. Con esto, como se ha dicho, se busca adoptar

---

5 Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se deroga la Resolución 2370 de 2016.

medidas que atiendan al interés superior del menor y propendan por la adopción de medidas alternativas a la privación de la libertad. Asimismo, las dos normas disponen un requisito de procedencia del principio de oportunidad como lo es poner en conocimiento de las víctimas acerca de su celebración, contenido y efectos y garantizar sus derechos.

9. A partir de lo anterior, es dado sostener que, tratándose de menores de edad, no puede aplicarse sin distingo la prohibición establecida de aplicación del principio de oportunidad, mencionada a lo largo de esta sentencia y menos cuando de la aplicación de ésta podría menoscabarse el interés superior de los menores de edad. En ese sentido, la aparente tensión normativa entre la prohibición de otorgar beneficios cuando se cometan delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes y el principio rector de aplicar preferentemente el principio de oportunidad cuando el agresor sea un menor de edad, debe resolverse en concreto a partir del postulado según el cual, respecto de menores de edad, la privación de la libertad es una medida excepcional.

10. Lo anterior resulta respaldado por la jurisprudencia constitucional. Así, en la sentencia C-095 de 2007, la Corte estableció algunos límites al legislador para la configuración del principio de oportunidad, los cuales tienen en cuenta el derecho sustancial y el derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido, sostuvo lo siguiente:

“[...] se tiene que, (i) en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal; (ii) no obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuales se puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario; (iii) finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse”.

II. Igualmente, en la sentencia C-684 de 2009, la Corte recordó que existen dos excepciones a la regla general según la cual la investigación y el juzgamiento de adolescentes debe remitirse al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal, a saber: “(i) las reglas especiales de procedimiento establecidas en el Libro II del C. I. A. y (ii) *las normas que sean contrarias al interés superior del adolescente.*” Es decir, el respeto del procedimiento aplicable que estableció la Ley 1098 de 2006<sup>[6]</sup>, implica el deber del fiscal y del juez de acatar las particularidades del caso concreto, con el fin de determinar si la aplicación de la prohibición de aplicación del principio de oportunidad, resulta contraria al interés superior del menor, en el caso concreto.

Todo lo expresado por la Corte Constitucional muestra cómo las restricciones señaladas por la ley y la jurisprudencia para la aplicación del principio de oportunidad no aplican en los procesos seguidos en el marco del derecho procesal penal de la adolescencia, en el que principios como el interés superior del niño se impone sobre las excepciones, de tal manera que nuestra afirmación efectuada a lo largo del estudio, sobre que la oportunidad no es una excepción sino un principio fundante —para el proceso de los mayores de edad un principio complementario—, cobra total relevancia y muestra toda su legitimidad constitucional y convencional.

Los desarrollos que hemos incluido en esta nueva edición, sobre los principios del derecho penal de la adolescencia, acreditan la existencia de esta nueva disciplina que obligan, como lo ha puesto de presente la jurisprudencia constitucional, a la construcción de una teoría ya no dependiente y apéndice del derecho penal común, sino autónoma e independiente funcionalmente hablando, aun cuando debe reiterarse que existe una vinculación estructural en tanto que son subespecies de la especie derecho penal.

Este es el cometido de esta nueva edición que presentamos en la Universidad Externado de Colombia.

LOS AUTORES  
Abril de 2020

---

6 Artículo 144.



## PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

La academia es el único ejercicio de la profesión verdaderamente libre y pleno, sin condicionamientos, en especial cuando se enseña en una universidad como el Externado de Colombia, regentada por mentes abiertas, tolerantes y preclaras como sus rectores Fernando Hinestroza Forero y Juan Carlos Henao, y muy especialmente, por el Director del Departamento de Derecho Penal, el maestro Jaime Bernal Cuéllar. Nuestro espíritu ha sido moldeado a partir de sus enseñanzas, a veces rebelde e irreverente, por lo general fuerte y decantado, siempre vigilante ante los excesos de poder.

Ante los avatares del ejercicio profesional, la academia cumple las funciones de fortaleza espiritual y antidepresivo intelectual frente a los despropósitos de los entes públicos, en los que sin sonrojarse se dice que una cosa es la teoría en las universidades y otra la práctica, aludiendo a un divorcio entre ciencia y práctica ininteligible, perverso y aberrante, en el que parece enquistarse la patología mental de la bipolaridad, pues los juristas muestran diferentes talentos de acuerdo con el rol que desempeñan, lo cual se convierte en algo extremo, en especial cuando a la vez enseñan y ejercen el poder, un verdadero y gravísimo problema por disociación de la personalidad jurídica.

Quiero aquí hacer mención especial de un alumno –apreciado como muchos otros que a lo largo de un cuarto de siglo de enseñanza llevo en mi orgullo académico–, quien ha sabido de manera sabia lidiar con la bipolaridad profesional, manteniéndose fiel a la ciencia, en la teoría y la práctica. Me refiero a Carlos Andrés Guzmán Díaz, cuya empatía cuando nos conocimos fue inmediata y así ha continuado por muchos años, hasta el punto de que lo he visto como el fiel amigo intelectual a quien confiarle un albaceazgo académico, pues de ahora en adelante se encargará de actualizar mis trabajos en el campo procesal penal y probatorio.

Sobra decir quién es y qué representa. Con la lectura de este libro se podrá comprender la razón por la cual he confiado en su intelecto y honestidad académica para actualizar mi trabajo, lo que fluye sobre una sólida formación profesional acrecentada en las aulas de la Especialización y Maestría en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, a lo cual se suman los conocimientos adquiridos y la experiencia vivida en

la maestría que realizó en Política Criminal en la Universidad de Málaga y en el doctorado –del cual es candidato– de la Universidad de Salamanca.

Ya demostró sus dotes doctrinales con publicaciones como *Principio de oportunidad* y *Responsabilidad penal del adolescente*, de tal manera que la importancia de sus aportes a mi trabajo lo hacen un verdadero coautor.

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

ESTUDIO PREVIO  
EL A-Z DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO  
PENAL DE LA ADOLESCENCIA

El principio de oportunidad en el derecho penal de la adolescencia no difiere en grado sumo de las reglas que lo gobiernan en el ámbito del derecho penal común, tanto para los efectos sustanciales como para los efectos procesales. No obstante, se encontrarán marcadas diferencias que conducen a la especificidad y distinciones que conllevan a subespecificidades en aras de lograr la igualdad material en un espacio jurídico informado y matizado por la equidad.

Significa lo anterior que, como en ninguna otra rama del derecho, en lo atinente al ordenamiento jurídico de los menores de edad se lleva hasta límites desconocidos la aplicación de la justicia material, lo cual parece en todo caso radicalizarse de conformidad con los principios rectores que direccionan el entendimiento de la nueva normatividad.

Tal idea viene impuesta por el principio de “protección integral”, idea rectora que preside el *nomen iuris* del Libro I de la Ley 1098 de 2006, esto es, del “Código de la Infancia y la Adolescencia” (en adelante CIA).

La metodología adoptada sobre principios sustanciales y procesales que garantizan y aseguran los derechos fundamentales de los menores de edad en la actual legislación resulta compleja, puesto que, si se leen detenidamente las disposiciones que desarrollan al “principio de principios” antes mencionado, puede el intérprete percatarse que los mismos se encuentran consagrados a todo lo largo y ancho de la legislación. Incluso en un mismo artículo se da cuenta de varios principios, por lo que la labor dogmática se dificulta y también surge como imprescindible necesaria, si se quiere mantener el valor de las diferencias y distinciones que se constituyen en su *in se*, esto es, en su alma y cuerpo constitutivos.

Pero, además, se trata de un ingente trabajo de axiología jurídica, sobre todo porque la técnica prevaleciente es la de la construcción normativa a partir de principios, de manera que las normas reglas son las más escasas, quedando en manos del juez la concreción y puntualización de las medidas más eficaces, de tal forma que se acomoden de mejor forma al interés superior del niño.

Sistematicidad, teleología, sociología y axiología son conceptos que traspasan las normas del CIA (Gómez Pavajeau, 2017b), mismas que tienen que ponerse en contacto con la Carta Política y el Orden Internacional Público de los Derechos Humanos, particularmente de los niños.

Desentrañar el verdadero mensaje de esta especializada legislación impone la necesaria idea de acudir al sentido del sistema, toda vez que así se desprende de la noción de integralidad ya mencionada, complementada por la exigencia de simultaneidad en la garantía de los derechos de los menores de edad (artículo 8 del CIA), amén de que cuando se desciende al tema penal de manera expresa, clara y literal, habla de un “Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes” (Libro II, Título I y sus Capítulos I y II).

Tal forma de entender las cosas venía prefigurada por lo dispuesto en el inciso final del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal): “Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil”. La idea de sistema penal está consustancialmente vinculada con la metodología asumida por los códigos modernos, al contemplar como principios rectores una serie de directrices que gobiernan el sistema, que informan filosóficamente todo el ordenamiento jurídico en concreto, y que prevalecen sobre las restantes disposiciones y sirviendo como criterios de interpretación (artículo 13, *ibidem*).

De allí que, en el marco del derecho penal de menores, o mejor del derecho penal de la adolescencia, resulte necesario la postulación sistemática, teleológica, sociológica y axiológica de los principios que lo gobiernan y que definen el perfil propio y autónomo de la responsabilidad penal del adolescente, así como de las instituciones procesales para eventualmente hacerla efectiva.

Los principios –como su propia expresión lo sostiene– lo son en sentido filosófico y de conformidad con la mejor tradición griega, como aquello que le da origen a los demás, y como tal, tienen prevalencia sobre el resto del articulado. La dignidad humana prevalecerá como el fundamento del orden jurídico, con el fin de garantizar a los niños el pleno y armonioso desarrollo de su crecimiento (artículos 1, 5 y 6 del CIA), en tanto que sujetos de derechos (artículo 2, *ibidem*).

Los principios rectores del derecho penal y su valor axiológico están ya decantados en gran medida en trabajos anteriores, de manera que a ellos nos remitimos (Gómez Pavajeau, 2017c, pp. 53–80). También sobre los

principios rectores, muy particularmente, hay uno que resulta cardinal para el derecho penal de la adolescencia, nuestro trabajo sobre antijuridicidad material (Gómez Pavajeau, 2018, pp. 31-37).

#### PRINCIPIOS Y SUBPRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL DE LA ADOLESCENCIA

En concreto, sobre los principios rectores del Código Penal, aplicables al derecho penal de la adolescencia, véase nuestro trabajo *Introducción al derecho penal constitucional* sobre el Control de Convencionalidad y el valor jurídico de las normas denominadas *soft law* (Gómez Pavajeau, 2017a).

Los fiscales y jueces penales, especialmente los que pertenecen al sistema del derecho penal de la adolescencia, no pueden olvidar los mandatos constitucionales y convencionales que determinan su conducta judicial (Gómez Pavajeau & Otero Suárez, 2019).

Una revisión exhaustiva y detenida del CIA nos permite presentar los principios rectores del derecho penal de la adolescencia, los cuales tienen una repercusión inmediata en la configuración del principio de oportunidad en tal ámbito, de la siguiente manera:

#### a) PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD- SIMULTANEIDAD-INTERDEPENDENCIA PARA DETERMINAR EL INTERÉS SUPERIOR

Pensamos que puede, por sus características, ser denominado el “principio de los principios”. Implica que, de manera necesaria e indefectible, toda sistemática en tal materia tiene que ser construida a partir de una visión transversal de la pluralidad de principios que gobiernan el tema, sopesando unos con otros en aras de lograr desentrañar el interés superior del menor de edad y su visión desde una perspectiva integral (artículos 7, 8 y 9 del CIA).

Su naturaleza es fundamentalmente metodológica, toda vez que impone la necesidad de mirar los principios en conjunto cuando se quiere construir el “Sistema de Responsabilidad Penal para el Adolescente”, mirada integral y simultánea en la cual no se puede perder de vista ningún principio cuando se analiza uno en concreto, lo que impone que la constitución del mismo no solo se funda en la lógica formal, sino fundamentalmente en la lógica

material, en aras de concretar en cada caso específico la justicia material, que aquí, por su acuciante y radical demanda, se convierte en *equidad*.

La integralidad-simultaneidad aparece claramente expuesta y exigida por el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), integrada a la legislación interna por la Ley 12 de 1991, la cual demanda que los derechos especiales de que trata tienen que ser vistos en perspectiva sistemática, atendiendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y desarrollando

la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el “bienestar del niño”.

De manera específica apunta el artículo 3, numeral 1º de la CDN, que los tribunales de justicia observarán “consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, como también lo hacen los artículos 9 numeral 1º, 18 numeral 1º, 21, 37 literal c) y 40 literal b) parte iii) de la misma.

Por otro lado, las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores”, llamadas “Reglas de Beijing”, consagran en su “Primera parte”, sobre “Principios generales”, en lo pertinente a las “Orientaciones generales”, que para promover el bienestar del menor de edad el tratamiento jurídico e interdisciplinario a que debe someterse tiene que ser “efectivo, humano y equitativo” (Regla 1.3), y muy especialmente precisa que la justicia juvenil “deberá administrarse en el marco general de justicia social” (Regla 1.4). En fin, el producto final del proceso judicial contra menores de edad –la sentencia– debe reflejar con meridiana e indefectible claridad la imparcialidad y la equidad arrancadas de la principalística jurídica (Regla 1.4.1) definida en estas normas rectoras.

La Regla 1.3 señala que, para el logro de ese bienestar, “se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas”, lo que implica pues, en términos de administración de justicia, que la abstracción formal